ESPOSIZIONE

DELLA REGOLA DI DIRITTO ROMANO

NEMO PRO PARTE TESTATUS

PRO PARTE INTESTATUS DECEDERE POTEST

ESTRATTO DAL PERIODICO
STUDI E DOCUMENTI DI STORIA E DIRITTO
ANNO I. — 1880.

ROMA
DALLA TIPOGRAFIA DELLA PACE
Piazza della Pace num. 35
1880

ESPOSIZIONE DELLA REGOLA DI DRITTO ROMANO
NEMO PRO PARTE TESTATUS PRO PARTE INTESTATUS DECEDERE POTEST

Questa regola, che forma la base del sistema ereditario romano, viene categoricamente enunciata da Pomponio nella famosa *l. 7. de R. J.* “ *Jus nostrum non patitur eumdem in paganis, et testato, et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus, et intestatus* „, ed espressamente applicata a speciali indagini da Trifonino *l. 19. § 2. de castr. pecul.* e da Giustiniano *§ 5. I. de hered. instituend.* La ricorda anco Cicerone *De Invent. II. c. 21.:* “ *nec umquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento alius lege heres esset* „. Gli scrittori tutti sono d'accordo nel ritenere, che la regola sia tanto antica quanto il dritto romano: quel “ *naturaliter* „ di Pomponio, e più la chiara testimonianza di Cicerone confermano cotesta universale opinione. È del pari piena armonia nello intendere il significato, che in generale ha la regola medesima; cioè non poter essere nello stesso tempo due specie di successione per diverse parti d'una eredità, successione per testamento e successione per legge. E dappoichè la testamentaria successione si sviluppa prima della legittima; suol essere la regola ragionevolmente tradotta così, che, laddove esiste un erede istituito anche in una sola parte, anche in una sola cosa dell'eredità, egli aver debba la eredità intiera ad esclusione delle persone chiamate *ab intestato.*

Antica e viva la disputa intorno alla ragione. Fino allo scorcio del secolo XVIII dominò fra gli autori l'opinione, che la nostra regola derivasse dal concetto della rappresentanza del

defonto, la quale ritrovasi nell' eredità: benchè varie fra loro fossero le spiegazioni speciali. Altri disse, che come in un uomo non possono esistere qualità contraddittorie, così anche un uomo non può essere rappresentato per qualità contrarie [1]. Altri sostenne, che, essendo la rappresentanza di una persona, dev' essere uniforme [2]. Ed altri scrisse, che come la persona vivente non potè avere due patrimonî, così neppure può avere dopo la morte due eredità, appunto perchè l' eredità tien la sua vece [3]. Spiegazioni tutte, che, mentre hanno apparenza grandissima di verità, sono però poco idonee a soddisfar pienamente. Qualità, che siano veramente contradittorie, non possono al certo coesistere nella persona medesima: non può un individuo esser insieme ricco e povero, dotto ed ignorante, buono e malvagio. Ma non è spiegato come simile contrarietà, insofferente di coesistenza, si trovi fra la rappresentanza testata e la intestata; la quistione resta insoluta. Una è senza dubbio la persona rappresentata dalla eredità: ma è pure indubitabile che tale rappresentanza può avere in sè stessa qualche difformità. Si può avere più eredi, o per testamento o *ab intestato*, fra loro differentissimi e nelle qualità fisiche e nelle morali, e per le parti che toccano a cadauno. Perchè non si accetta anche l' altra difformità, che un erede sia testamentario e l' altro legittimo? La difficoltà torna intiera. Finalmente se una è l' eredità che tiene le veci del defonto, una la rappresentanza che fanno gli eredi; pur non è, come or ora ricordavamo, opposto a tale unità il molteplice numero, non le è contraria la diversità delle persone degli eredi. Non s' intende ancora perchè alla medesima sia opposta la diversità della quale si disputa.

L' indagine fu ripresa studiosamente da Haubold in una dissertazione pubblicata in latino nell' a. 1788: *De causis cur idem et testato et intestato decedere non possit;* ove assegna quattro ragioni

[1] Così Gomez I. *resol. 3. n. 3, c 10. n. 27.*
[2] Vinn. *ad § 5. I. de hered. instit. n. 4.*
[3] Cujac. *ediz. napol. VIII. 745.*

alla regola. Prima: I testamenti romani han forma di legge: or bene in un caso identico non possono valere più leggi insieme, cioè la particolare testamentaria, e l'altra generale della successione intestata [1]. A me sembra, che questa idea, fra le tante espresse su questo proposito, sia quella che più si avvicina alla verità; siccome apparirà dalla esposizione che farò in seguito delle mie vedute. Se non che, lasciato il testamento romano nel concetto d'una legge speciale, la spiegazione di Haubold rimane imperfetta ed inesatta. A ragione ha osservato Thibaut *Civilist. Abhand. pag. 70. segg.*, potersi ottimamente intendere, che nel caso medesimo trovin posto due leggi, una generale e l'altra che parzialmente la deroghi. Seconda: Ammessi più eredi per diverse cause di successione, si dividerebbe fra loro l'obbligo del curare i *sacra privata,* e tale divisione nuocerebbe all'osservanza di questi. Ma nota Thibaut *loc. cit.*, che il pericolo d'inosservanza non sarebbe maggiore di quello che lo sia nel caso di più eredi testamentarî o di più eredi legittimi. Aggiungo, essere stato questo pericolo tenuto in così poco conto, che nella nuova forma di gius pontificio, introdotta dal pontefice Scevola intorno ai *sacra privata,* si parlò espressamente di più eredi obbligati alla lor cura: " *Quaeruntur enim qui adstringantur sacris. Heredum causa justissima est, nulla est enim persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat. Deinde qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes etc.* " Cicer. *De legib. II. 19. segg.* Terza: Nella forma di testamento *per aes et libram* veniva mancipata la *familia;* or questa formava unità, così che non poteva esser mancipata se non nella sua integrità. E Thibaut considera a buon dritto, che nè nella natura della mancipazione nè in quella della *familia* v'è cosa alcuna, per la quale sia impedita la mancipazione anche di una parte della eredità. Quarta: I romani favorirono i testamenti in pregiudizio degli agnati; e questo favore non avrebbe vera efficacia, se insieme all'erede testamentario venissero gli agnati. Se

[1] Questa ragione trovasi ripetuta da Ortolan *Explic. histor. des Instit. II* § 647.

non che de' favori ognuno si vale finchè voglia: e, come di nuovo bene osserva Thibaut, i testamenti, che in dritto romano sono i più favoriti, cioè i testamenti militari, non vanno alla nostra regola sottoposti.

Thibaut *loc. cit.* ritiene che la ragione stà nella stretta interpretazione della legge decemvirale: " *Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* „: dappoichè di colui, che per una porzione della eredità ha fatto il testamento, non può dirsi che sia intestato [1]. Ma esso a sua volta ha trovato un giusto censore in Huschke nella sua dissertazione *Ueber die Rechtsregel, nemo pro parte testatus etc.* inserita nel *Rheinisch. Mus. II. pag. 257 segg.* Se la ragione della regola (dice Huschke *pag. 263. seg.*) stesse nella stretta accezione delle parole delle dodici tavole, la posteriore giurisprudenza ne sarebbe receduta. Come sovente essa fece; come fece rapporto a quelle stesse parole " *Si intestatus moritur* ", le quali, benchè strettamente spettino soltanto a chi muoia senza aver fatto punto il testamento, pur furono intese anche di quello che ne avesse fatto uno reso poscia invalido. Molto meno poi avrebbe detto Pomponio, che *naturaliter* è contradizione fra testato ed intestato.

Altra via ha scelto Gans nel suo *Erbrecht* II. p. 9. segg., e p. 31. segg.; seguendo, com' è il suo costume, le orme di Hegel dà a questo punto una filosofica esposizione. Dice esser stato l'orbe romano il campo, dove si agitò la pugna tra il finito ossia la libera personalità, e l' infinito ossia la general necessità di natura. Esser, quanto alle eredità, espresso il finito e personale principio nella successione testamentaria, l' infinito e generale nella successione intestata. Trovarsi nella regola *nemo pro parte testatus etc.* segnalata la perpetua opposizione de' due sistemi; significarsi con essa, che i due sistemi nulla di comune hanno fra

[1] A questa opinione sottoscrivono Ihering *Geist des römisch. Rechts pag. 482. seg.* Brinz *Pand. pag. 771.* Mommsen *Erörterung. I pag. 70.* Schmidt *Form. Recht der Notherb. p. 1. n. 3.*

loro, e che impossibile è la loro coesistenza. Anche contro le vedute di Gans ha scritto Huschke *loc. cit. pag. 265. segg.;* ed in verità esse non possono sostenersi. Ometto, che il contrasto fra un principio generale ed il personale arbitrio, stando nella stessa natura delle cose, non si trova nel solo orbe romano ma presso tutti i popoli; mentre appo tutte le nazioni si rinvengono gl'individuali arbitrî di fronte ad un' idea generale, sia che questa si chiami il *bonum* dei romani, o το καλον dei greci. Ometto, che la denominazione d' infinito, meglio che al generale e necessario, si addica al particolare e libero; appunto perchè questo non può raggiungersi col generale concetto. Per venire più da vicino alla disputa nostra, dirò soltanto, che i principî di necessità e di personale arbitrio, contrarî come sono nell' ordine delle idee, possono però ottimamente svilupparsi uno accanto all' altro, modificandosi e temperandosi a vicenda. Così in un testamento, se altri impieghi nello scriver legati oltre il dodrante contro le disposizioni della legge falcidia, fino al detto dodrante vale la sua individual volontà, per l' altro quadrante prevale la necessità della legge. E per simile ragione può alcuno donare *mortis causa* una parte delle proprie cose, il resto lasciare per gli eredi legittimi.

Huschke nella dotta dissertazione sopra mentovata *Ueber die Rechtsreg. nemo pro parte etc. pag. 296. segg.* sceglie un punto di partenza simile a quello degli autori più antichi; afferma, che l' eredità è la successione nella persona del defonto, in quanto capace di avere *(vermögensrechtliche Person des Erblassers)*, e che perciò è indivisibile come la persona medesima. Soggiunge, che come è indivisibile l' eredità, così lo è pur anco la volontà che di essa dispone e ad essa si riferisce, ossia tal volontà esclude il concorso d' un'altra volontà diversa. Quindi è, secondo Huschke, che, se altri fa testamento, non può farlo per parte; ma deve esporre un volere che valga per tutta intiera la eredità. Mi sia permesso fare su questa esposizione le seguenti riflessioni. Dalla indivisibilità della persona deriva in vero la indivisibilità della

eredità, in quanto che non può l' una persona del defonto essere in parte rappresentata dall' erede o eredi, ed in parte non essere rappresentata da esso od essi. Ma da ciò non s' intende perchè l' indole della volontà, la quale della eredità dispone, escluda il concorso d' un erede testamentario e d' un altro *ab intestato*. Se il testatore volesse disporre d' una parte col suo testamento, non per questo vorrebbe che la propria persona venisse dopo la sua morte solo per detta parte rappresentata; qual volontà sarebbe per fermo riprovevole. Imperocchè ei saprebbe, che, dove testamento tace, provvede la legge; anzi vorrebbe questo concorso della legge medesima, mentre, come dice Paolo *l. 8. § 1. de jur. codicillor.* " *uti quisque quatenus intestato moritur, creditur sponte sua his (ab intestato succedentibus) relinquere legitimam hereditatem* „. Vorrebbe dunque la sua persona intieramente rappresentata, dall'erede testamentario insieme al legittimo: la sua volontà non si troverebbe in opposizione alcuna coll' esposta massima d' indivisibile eredità. Nè mi sembra che Huschke cerchi felicemente una conferma della sua teoria nelle parole della *l. 7. de R. I.*, osservando, che in essa è detto che altri non può morire parte testato parte intestato, e non già che ad alcuno non possano insieme essere eredi testamentarî ed intestati: ora, egli dice, la prima espressione si riferisce appunto alla delazione, mentre la seconda si riporterebbe ad un' astratta, non vera, impossibilità di concorso dell' erede testamentario col legittimo. Sono sicuro, esser meramente casuale, che Pomponio adoperi la prima anzi che la seconda espressione; mentre o si dica che altri non può morire parte testato parte intestato, o si pronunci che ad alcuno non possono essere insieme eredi testamentarî ed eredi *ab intestato*, la cosa torna all' istesso. Ecco Cicerone nel passo surriferito *De Invent. II. c. 21.* per due volte adopera la seconda espressione " *unius pecuniae plures dissimilibus ex causis* HEREDES ESSE NON POSSE: *nec umquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento alius lege* HERES ESSET „. Onde la *d. l. 7.* è ne' Basilici *II. 3. 7. Heimb. I. 65.* tradotta così " Oὐ

δύναται παγανὸς καὶ ἐκ διαθήκης καὶ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖσθαι (succedi) „.

Facciamo un' altra prova. Vedemmo, che il buon pensiero di Haubold di considerare nel testamento romano un carattere di legge, rimase sterile e non proficuo per essere il lodato autore restato nella contemplazione d' una legge isolata. Fecondo sarebbe stato, a mio credere, ed atto a sciogliere la nostra questione, se quel carattere egli avesse ben più largamente riguardato; avesse nel romano testamento ritrovato piuttosto un complesso di disposizioni, aventi carattere di legge, relativamente pieno e completo, una legislazione dentro la cerchia ed i rapporti della famiglia del testatore. Su questa considerazione si basa la spiegazione che darei alla regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus potest decedere.* — È da premettere, che la famiglia de' romani nella pienezza del suo significato non corrispondeva punto al ristretto concetto della famiglia qual' è all' età nostra; in vista della sua ampiezza, della varietà degli elementi ond' era composta, della quantità e qualità de' poteri che vi erano esercitati, aveva il carattere di associazione di gran lunga più vasta ed importante. Assai grande era il numero delle persone che in se comprendeva nel suo più largo concetto. Dappoichè non solo v' erano contenute le persone collegate fra loro per patrio potere e relativa soggezione, non che le unite per agnazione, ma bensì tutte quelle che aveano fra di loro comune il cognome, *l. 69. § 4. de leg. 2., l. 3. § 7. 8. de b. p. c. t., l. 21. § 1. eod.* Inoltre i servi, *l. 25. § 1. 2. de aedil. edicto, l. 12. § 1. 2. de publican., l. 1. pr. § 11. 12. 15 segg. de vi et de vi arm., tit. si familia furt. fecisse dic., l. 195. § 3 de V. S.;* onde secondo la diversità degli usi, a' quali erano destinati, si distinguevano in *familia urbana* e *familia rustica, l. 60. § 1. de leg. 3., l. 99. pr. eod., l. 12. de supell. leg., l. 166. pr. de V. S.* La famiglia prendeva così proporzioni vastissime; mentre ognun sa quali turbe di servi fossero dai romani ritenute. Parla Ateneo *P. 104. p. 272 d.* di moltissimi («πάμπολλοι») che ne possedevano dieci mila, venti

mila, ed ancor più (« καὶ γὰρ μυρίουσ καὶ δισμυρίους καὶ ἔτι πλείους »): e Tacito *Ann. 14. 44.* afferma "*nationes in familiis habemus*". Nè basta ancora. Anche i liberti rimanevano in rapporto familiare col patrono, onde ne prendevano il nome, e sovente restavano nella sua casa [1]. Ed i numerosi clienti, trovandosi in rapporti di soggezione e di relativo patrocinio [2] colla persona alla quale *se applicavissent* [3] e co' suoi figli [4], aveano con quella e con questi comunione di famiglia [5]. La cerchia della famiglia, in tanti modi dilatata, si estendeva finalmente sino ai vasti e non ancora ben delineati confini della *gens* [6]. — Tante le persone comprese nel lato significato della famiglia; le cose, i beni, in proporzioni talvolta quasi incredibili. I possedimenti di alcuni padri di famiglia, segnatamente per le fatte occupazioni dell'*ager publicus* [7], aveano tali estensioni da sembrare regni piuttosto che patrimoni. — Su queste persone, e su questi beni esercitavano i padri di famiglia i più grandi poteri. Non solo delle cose potevano *uti et abuti;* ma sui discendenti loro esercitavano i gravissimi dritti della patria potestà, estesi anche rapporto alle mogli per via della *in manum conventio;* e dei servi disponevano liberamente in forza della potestà dominicale; veri signori nella famiglia.

L'esercizio di così importanti diritti sopra un'associazione tanto estesa si raggruppava in un atto complessivo e solenne; e quest'atto era il testamento. In esso il capo della famiglia disponeva de' beni, premiando i benemeriti, ed allontanandone gl'indegni; ai servi dava la libertà; ai sottoposti alla sua patria potestà, o alla sua *manus*, lasciava tutori in supplemento e sostituzione dell'autorità propria: a tutto, e per tutti, provvedeva.

[1] Cf. *l. 2. § 1. de usu et habit., l. 5. § 1. de his qui effuder. vel dejecer.* Plin. *epist. 2. 17. 9.*

[2] Gell. *5. 13.*

[3] Cicer. *De orat. 1, 39, 177.*

[4] *Fragm. vatic. 308.*

[5] Fest. *v. Patronus.*

[6] Cf. *l. 195. § 2. fi. de V. S.*

[7] Hygin. *115*, Sicul. Flacc. *137. 19.*

Quindi è, che le leggi nel testatore non viddero il semplice individuo, ma il capo della famiglia. E, non per stretta necessità logica, ma per ragione di prossima analogia, ravvisarono in esso il carattere di legislatore domestico, in quel suo atto complessivo e solenne una legislazione, relativamente alla famiglia, piena e completa. Che il testatore venga dalle leggi riguardato come capo di famiglia, *paterfamilias*, lo afferma espressamente Cicerone *De invent. II. 50.* e *Ad Herenn. I. 13.* dicendo che le dodici tavole avean dato al " *paterfamilias* „ la potestà di disporre per testamento " *super familia pecuniaque* „. Precisamente per questa ragione nel testamento *per aes et libram* si faceva la mancipazione " *familia pecuniaque tua... esto mihi emta* „, e nomavasi *familiae mancipatio*, *Gaj. II. 103. 104.*, *Ulp. XX. 9.* Il carattere legislativo su tutto il complesso della famiglia è segnalato dalla famosa legge decemvirale " *Uti legassit suae rei, ita jus esto* „. È per questo che dai testatori è adoperata nella espressione della volontà la forma legislatoria " *Heres esto; tutor esto; liber esto; sumito; habeto; damnas esto*, etc. „ E trovasi anche in monumenti fuori della collezione giustinianea, che i testatori chiamino legge il loro volere. Così in quel testamento di uom nativo della Gallia lionese, munito de' dritti di cittadinanza romana, che fu scritto nella buona epoca della nostra giurisprudenza, ed è stato ritrovato l'a. 1863 nella biblioteca di Basilea, leggiamo: " *Loco autem huic* LEX *haec in perpetuum dicitur: ne quisquam post me dominium potestatemque eorum locorum habeto* etc. „ [1]. Il pensiero, che il testamento sia un complesso di leggi familiari, fa dire a Cicerone *Philipp. II. 42.* „ *In publicis actis nihil est lege gravius: in privatis firmissimum testamentum* „.

Questo carattere di codice familiare scritto dal *paterfamilias*, che è impresso nel testamento romano, vale a spiegare de' punti rilevantissimi del testamento medesimo. Ne spiega in primo luogo uno de' più essenziali requisiti, la necessità di non preterire i *sui heredes*, cioè le persone sottoposte al patrio potere del testa-

[1] Cf. Bruns *Fontes jur. rom. ant. pag. 152.*

tore, che non abbiano altra persona che in tal soggezione le preceda, *§ 2. I. de hered. quae ab intest. defer., Collat. leg. Mosaic. et Roman. XVI. 2. 2.* Ben conosciute sono l'espressioni di Paolo *l. 11. de liber. et post.* „ *In suis heredibus evidentibus apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas esse: quasi olim ii domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur etc.* „ Le parole del giureconsulto non vanno al certo intese così, che i figli, durante la vita del padre, abbiamo sui beni un vero ed assoluto condominio, lo che sarebbe manifesto errore [1], ma vanno prese per un condominio improprio, e relativo al concetto della famiglia. Tanto vero, che dopo le parole riferite Paolo soggiunge immediatamente “ *unde etiam* FILIUSFAMILIAS *appellatur, sicut* PATERFAMILIAS: *sola hac nota adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit.* „ I romani tanto peso dettero all'idea della famiglia, che sovente considerarono questa direttamente ne' rapporti tanto delle persone quanto delle cose nella medesima contenute. Ad essa riferirono le persone; e le chiamarono *paterfamilias*, *filiusfamilias*, ecc. [2] Ad essa i beni; considerandoli come patrimonio che appartenesse a lei, ossia a chi in lei tenesse il primo grado, come tale “ PATER *autem* FAMILIAS *appellatur, qui* IN DOMO DOMINIUM *habet* „ *l. 195. § 2. de V. S.* Siccome la famiglia non si estingue colla morte dell' attuale suo capo, ma è destinato a prendervi il primo grado chi presentemente si trova immediatamente sotto il potere patrio di quello; in questo senso, relativo e virtuale, si ravvisa in costui una specie di condominio; in questo senso si afferma la continuazione di dominio, che perdura nel luogo e nella sede di chi ha il primo grado nella famiglia, senza alterarsi

[1] Leist *Die bonor poss. I. p. 6.*, fermandosi all' espressione letterale, nega che dalla *l. 11.* si possa desumere la fondamental ragione della suità, ed inclina a credere che il principio ivi enunciato punto non convenga al sistema antico del dritto romano (“ *ob überhaupt derselbe irgend in das ältere Römische Rechtssystem passe* „).

[2] Talvolta si declinavano ambedue i sostantivi, come nel passo di Cicerone *Verr. III. 79* “ *patribusfamiliis, viris bonis atque honestis etc.* „

per cangiare degl'individui [1]. Pertanto se il *suus heres* succede nei beni in forza della sua qualità e della sua posizione nella casa; consegue, che, ond' esso dai beni medesimi sia allontanato, è necessario escluderlo con un comando positivo, contenuto in un atto fatto dall' attuale capo di famiglia, regolatore e legislatore sul complesso de' rapporti familiari. E questo appunto è adempito colla espressa diseredazione scritta nel testamento [2].

Dalla natura del testamento romano sopra descritta, e dalle cose dette sulla necessità di non preterire i *sui heredes*, discende ancora, che se il testatore voglia diseredare i medesimi, debba

[1] Il concetto della suità, così spiegato, benchè si colleghi coll'altro concetto della patria potestà romana, ha però, com' è manifesto, un fondo di ragione naturale, come alla ragione comune conviene la descritta osservanza del pensiero della famiglia rapporto e alle persone e alle cose. Onde Paolo stesso *l. 7. pr. de bon. damnator.* " Cum RATIO NATURALIS, *quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando,* PROPTER QUOD *et in jure civili suorum heredum nomen eis indictum est* „. Ed è per questo che la esposta idea di condominio ne' figli, durante la vita del padre, non è esclusivamente dei romani. Presso gli ebrei troviamo il servo d'Abramo che chiama suo padre Isacco, *Genes. 24. 65.* Presso i greci i figli de' padroni sono chiamati dai servi νεωτέρους δεσπότας, e Omero nell'*Odiss. 1.* dice essere di Telemaco il porcajo che era di Ulisse — Dalle cose dette s'intende quale sia, secondo le mie vedute, la etimologia dell'espressione *suus heres.* Non la penserei con que' non pochi, i quali credono dirsi i *sui heredes* quasi eredi a se stessi. Etimologia che presenta un pensiero non solo complicato razionalmente, ma anche grammaticalmente. Poichè suo erede si dice verso il parente *(patri, avo suus heres, l. 7. pr. si tab. test. null. extab. etc.)*; nè si concepisce la frase: A se stesso erede al padre, all'avo. Nè ben si difendono i fautori di questa etimologia allegando che i greci il suo erede chiamano αὐτοκληρόνομος; perchè in verità questa parola fu adoperata da Cujacio per primo, ed i greci dicevano soltanto σούος ovvero ὑπεξουσιος, cf. Teofilo *paraphr. ad § 2. I. de hered. qual. et diff.* La etimologia va meglio derivata da ciò, che il *suus heres* è al parente erede nativo e destinato dal concetto della famiglia. Onde Gajo *II. 157.* " *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia* DOMESTICI *heredes sunt* „ *cf. § 2. I. de hered. qual. et differ.*; in piena armonia colla etimologia e la spiegazione del *suus heres* esposta di sopra.

[2] Analogo alle cose dette è il rescritto di Trajano, del quale parla Ulp. *l. 1. pr. de hered. instit.* L'istituzione dell' erede, base e fondamento delle tavole testamentarie, dovea essere per regola del dritto antico scritta materialmente a capo di esse. Trajano fà un' eccezione rapporto alla diseredazione dei *sui heredes.* così che questa possa validamente essere espressa prima di detta istituzione. Essendo i *sui heredes* chiamati all' eredità dalla loro qualità e posizione familiare, la loro diseredazione viene ragionevolmente riguardata siccome un esordio ed una preparazione alla istituzione di eredi estranei.

diseredarli *uti filios.* Appunto perchè come tali tengono quel posto in famiglia, che li chiama ai beni se non li escluda una espressa sanzione delle autorevoli testamentarie disposizioni. Per la qual cosa se colui, che in verità era figlio del testatore, si trovi diseredato così " *quem scio ex me natum non esse* " o " *natum ex adultero* " o " *ex adulterio conceptum* "; la diseredazione è del tutto inefficace, perchè fatta nella credenza erronea, che il medesimo non sia figlio, e per necessaria conseguenza non *uti filii, l. 14. § 2., l. 15. de liber. et post., l. 1. § 9. de carbon. edicto* [1].

Parimenti dallo essere il testamento un pieno complesso di leggi regolatrici della famiglia, deriva, che non si sostenga la istituzione dell' erede, se il testatore credeva per errore che fra se e l' istituito corresse un intimo rapporto di famiglia, ovvero se questo rapporto esistente all' epoca dello scritto testamento cessò di essere prima della morte del testatore. Un errore sopra la posizione dello scritto erede in una famiglia estranea, non vizia la istituzione, come se fu detto di Tizio, che non è figlio a Gajo: *Titius, Gaji filius, heres esto;* è semplicemente una falsa dimostrazione, innocua, *l. 48. § 3. de hered. instit.* Ma ben altra importanza ha il suddescritto errore sulle relazioni dell' istituito riguardo alla famiglia propria del testatore; imperocchè si crede, che il testatore medesimo, secondando il carattere del testamento romano, abbia riguardato come sostanziale per la sua disposizione la supposta qualità familiare dell' erede, *l. 5. C. de testament.* " *quae ut filiis testamento relinquuntur, juxta ea, quae a Principibus statuta sunt, non deberi, certi juris est* ", *l. 4. C. de hered. instit.* " *Si pater tuus eum*

[1] Non osta la *l. 3. pr. de liber. et post.* " *si cum convicio dixerit, non nominandus, vel non filius meus, latro, gladiator, magis est, ut recte exheredatus sit: et, si ex adultero natum dixerit* ". Ulpiano parla di *convicium*, dunque di cosa detta non per errore, ma per vera contumelia. Il testatore disse del figlio, ladrone e gladiatore, non perchè questo fosse o venisse dal testatore medesimo creduto veramente tale, ma per significare il proprio disgusto pel diportarsi del figlio stesso. Lo disse figlio non suo, e nato da adultero, non perchè ciò pensasse e così intendesse di far diseredazione non *uti filii*, ma per esprimere quanto il figlio fosse da se degenerato.

quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus si alienum nosset: isque postea subditus esse ostensus est: auferendam ei successionem, Divorum Severi et Antonini placitis continetur „, l. 7. C. eod. tit. “ portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi Praeses provinciae curae habebit „. Onde Paolo ne' *Fragm. vatican. 109.* risponde “ *pupillorum matrem ducere tutoribus interdictum non esse, et ideo eum, de quo quaeritur, et privignum fuisse, et recte institutum videri.* „ Dissi, che la istituzione vacilla anche per mutazioni accadute dopo il fatto testamento ne' rapporti dello istituito colla famiglia del testatore. Se altri scrisse di Stico proprio servo, *si meus erit cum moriar, liber et heres esto,* o anche semplicemente *liber et heres esto,* e Stico fu poscia dal testatore medesimo alienato, non sarà libero ed erede *l. 9. § 16., l. 50., l. 51. § 1. de hered. inst., l. 47. de cond. et demonstr.* Marciano aggiunge nella *d. l. 51. § 1.* sull' autorità di Celso una osservazione che è in pieno accordo colle idee esposte da noi; vale a dire che la istituzione varrà se in luogo di quel rapporto, che esisteva all' epoca del fatto testamento, ne sopraggiunse un altro omogeneo “ *Sed si vivus eum manumiserit, Celsus lib. XV. Digestorum scribit, fieri hunc heredem: non enim hunc casum testatorem voluisse excludere palam est, neque verba omnino repugnant: nam quamvis servus ejus non est, at certe libertus est* „.

Dal carattere legislativo, che informa il testamento, deriva anche la massima del non potersi la istituzione dell' erede o l'attribuzione dei legati rilasciare al libero arbitrio di terza persona, *l. 32. pr., l. 68. de hered. instit., l. 52. de cond. et. dem.* Siccome è necessario che le disposizioni legislative trovino fermezza in loro stesse, ed è assurdo che l' aspettino da estranea volontà; così è invalida questa scrittura, *hi quos Titius voluerit, heredes sunto,* nonchè questa, *si Titius voluerit, Sempronius heres esto,* e l' altra, *si Maevius voluerit, Titio decem do:* “ nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere „ *d. l. 32. pr. de her. instit.* Mancando la de-

scritta ragione, che ha luogo ne' testamenti, può ne' contratti essere al libero arbitrio de' terzi rimessa l'obbligazione; su di che scrissi nel mio libro *de obligationib. — praelection. ad pandect. § 14.*

Pertanto mi sembra abbastanza provata la tesi, che il testamento romano è un codice familiare; un assieme di disposizioni aventi forma e forza di legge, pieno e completo nella cerchia della famiglia. Che se il padre di famiglia muoia senza provvedere con questa specie di legislazione domestica alle cose e alle persone che gli appartengono, supplisce il dritto civile colle disposizioni proprie. E come avviene, che il supplente aver debba natura ed indole omogenea al supplito, anche coteste sanzioni della legge formano una specie di legislazione a parte per la famiglia; quasi sistema minore, ma per se stante e relativamente completo, dentro il grande sistema della legislazione universale. Infatti troviamo di nuovo espresso nella *familia* l'obietto di tale legislazione suppletiva. Le leggi decemvirali dissero " *Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatusproximus* FAMILIAM *habeto* „. E nello stesso ordine d'idee talvolta designarono col nome di *familia* la persona, della quale o alla quale attribuirono una eredità " *Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono, et liberto loquitur lex: ex ea familia, inquit, in eam familiam: et hic de singularibus personis legem loqui constat* „ *l. 195. § 1. de V. S.* Quindi è che i giudizi di divisione d'eredità non solo testamentaria ma anche *ab intestato*, chiamansi *familiae erciscundae.*

Ecco dunque due legislazioni preparate a disporre della società familiare ne' suoi rapporti personali e materiali, allorquando venga a mancare per morte il suo capo attuale. La testamentaria, e quella del dritto comune; la seconda in difetto della prima. È agevole ormai assegnare la ragione alla regola, che niuno possa morire parte testato parte intestato. Poichè dovendo il testatore dir legge *suae rei*, a tutto ciò che gli spetta nella famiglia, ed in genere essendo necessario che ogni legislazione sia piena e completa; l'imperfezione delle disposizioni testamentarie o di quelle del dritto civile

relativamente all' eredità, è una evidente irregolarità anche se l' una o l' altra legislazione si riguardi da per se, e non nel reciproco confronto e concorso. Ond' è che Papiniano *l. 15. § 2. de inoffic. testam.* nel riportare un' eccezione alla nostra regola (eccezione, di cui ci occuperemo in seguito), esprime essa regola non nella anormalità del concorso delle due cause, testata ed intestata, ma in quella della imperfezione e parzialità di una delle due, della intestata, " nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri ". E Trifonino *l. 19. § 2. de castr. pecul.* prende di mira la parzialità della causa testata quando dice " *miles ab initio pro parte testatus potuerat mori.* " Quindi è pure, che prossima alla regola nostra ve n' è un' altra nel dritto romano, la quale solo dalle cose esposte riceve spiegazione pienamente soddisfacente: vale a dire che niuno possa morire con più testamenti, e che il testamento secondo atterri necessariamente il primo in modo che una espressa conferma, fattavi di questo, possa valere soltanto per dritto di fedecommesso, *l. 12. § 1. de injusto rupto.* Dappoichè il testamento è per sua natura il complesso di tutte le disposizioni relative alla famiglia; onde non s' intende la coesistenza di due o più testamenti.

Anche più spiccata si scorge l' irregolarità, se si riguardino la parziale causa testata e la parziale intestata nel loro concorrere; appunto perchè il cennato inconveniente d' imperfetta legislazione si presenta duplicato: ed è per questo, che la nostra regola suol essere espressa sotto questo aspetto dove la sua ragionevolezza è più perspicua. Si aggiunge ancora in questo punto di vista l' altro inconveniente che si avrebbero insieme applicate due legislazioni di tipo affatto distinto. Che ogni legislazione debba essere autonoma e non mista con legislazioni estranee, è principio elementare di gius pubblico, ai romani notissimo [1]. È questa la disso-

[1] Sui testi di Gajo *l. 9. de just. et jur.* e *comm. I. 1.* è composto il § *1. I. de jur. nat. gent. et civ.* " *quod quisque populus sibi ipse constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis* ". Gajo stesso *l. 1. pr. de a. r. d.* dice " *jure civili, id est jure proprio civitatis nostrae* ". E nel *fragm. Dosith. 1.* si legge " *Jus civile vero proprium est civium romano-*

miglianza delle cause che viene segnalata da Cicerone a proposito della nostra regola nel passo che abbiamo riportato di sopra *De Invent. II. 21.* Di qui s'intende la ragione di quel che ricordavamo sulle donazioni *mortis causa* che possono esser fatte su parte de' beni, lasciato il resto agli eredi legittimi. Non si trova parzial testamento, che non esiste affatto; nè è parziale la successione *ab intestato,* perchè, staccate dal patrimonio le cose donate in forza della donazione, solo il resto è in eredità, e su questa si sviluppa pienamente la detta successione *ab intestato.*

Raccogliamo le cose esposte finora. Il testamento è l'atto col quale il capo di casa dispone, come tale, di tutto ciò che alla famiglia appartiene, in vista dell'epoca posteriore alla morte propria. Non consegue da queste premesse per stretta ragion logica, che dunque tali disposizioni abbiano ad essere necessariamente riguardate come leggi, debba il testamento essere considerato come una specie di legislazione. Ma questi pensieri sono in strettissima analogia colle dette premesse, vengono dalle medesime facilmente suggeriti: quando si pensi all'ampiezza dell' associazione familiare romana; alla varietà degli elementi che la compongono; alla vastità ed intensità de' poteri, che il padre di famiglia vi esercita alla spicciolata negli atti fra' vivi, complessivamente nel testamento. Quindi la legge romana volle riguardare precisamente come un codice familiare il testamento; e le leggi decemvirali dissero "*uti legassit suae rei*". Ciò posto, discendeva chiara e fluida la conseguenza che non si può morire con parzial testamento, con parzial successione *ab intestato;* dovendo ogni legislazione esser completa, nè potendo ammettersi il concorso simultaneo di due varie legislazioni. Questa spontanea ed evidente conseguenza de' prestabiliti principî è designata da Pomponio con quel *naturaliter* della *l. 7. de R. I.* Non è adoperato tale avverbio per significare, che la concorrenza della

rum, et ab eis dictum, quoniam nostra civitas eo diverso ab aliis populis utitur". Se i romani presero qualche disposizione da leggi straniere la fecero propria recandola nel loro gius civile, e come propria l'applicarono.

causa testata ed intestata sia condannata dalla semplice e sola natural ragione; lo chè sarebbe falso, mentre anzi la esclusione di quella concorrenza basa sul carattere, che non per assoluta necessità logica ma solo per giusto motivo di analogia la legge positiva ha dato alle disposizioni sulle eredità. Ma è usato a designare, che, posta tale operazione della legge positiva, la concorrenza medesima è esclusa per chiaro e natural raziocinio; insomma esprime un dritto ricevuto per ovvio ragionamento. Nè è nuova tale accezione della espressione *naturaliter* e di altre simili, cf. *l. 24. de stat. homin., l. 16. § 4. de minorib., l. 22. § 3. loc. cond., l. 44. § 1. de O. et A., Gaj. II. 73.*

Appunto perchè la negazione del concorso di causa testata ed intestata si fonda sopra la determinazione del dritto positivo, che le disposizioni relative alla eredità formino un completo sistema di leggi familiari; non è raro, che specialmente ne' punti secondarî e di minor rilievo si trovi una disposizione testamentaria in applicazione simultanea colle disposizioni ab *intestato.* Quando cioè per forza di gravi ragioni speciali lo stesso dritto positivo ha creduto di recedere da quella generale disposizione. Così accanto al testamento, che non abbia provveduto alla tutela dei figli, sta la tutela legittima. " *Intestato parente mortuo, agnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est* „ *l. 6. de legit. tutor.* Così troviamo sovente dovuta la prestazione dei legati, dei fidecommessi, e massimamente delle libertà, quantunque, destituito o rescisso il testamento, la eredità si deferisca *ab intestato, l. 8. § 17., l. 9., l. 17. § 1, l. 28. de inoffic. test., tit. si quis omissa caus. testam., l. 76. pr. de l. 2., l. 6. de dot. collat., l. 29. pr. de except. rei judic., l. 13. C. de inoff. test., Nov. 115. c. 3. § 14.*

La regola si trova in genere applicata più rigorosamente quanto alla chiamata dell' erede; punto capitale nella successione; punto, il quale per la potenza della sua estensione è capace di

abbracciare implicitamente tutte le disposizioni sulle cose del defunto, e perciò è esclusivamente indispensabile e necessario nella medesima, *l. 1. § 3. de hered. instit., Gaj. II. 229.* S'impose agli eredi di lor natura volontarî, la necessità di assumere per accrescimento le parti che i coeredi non abbiano preso, *l. 31., l. 53. § 1. de acq. vel omitt. hered., l. 9. de suis et legit.* Anzi il Senato stabilì, che, lasciato un fidecommesso per una parte dell'eredità, se il fidecommissario volesse costringer l'erede ad adire l'eredità che costui dicesse sospetta, avesse a passare l'eredità intiera al fidecommissario medesimo, *l. 16. § 4. ad S. C. Trebell.* E se il coerede prese già la sua porzione ma poi l'abbandoni per astensione o per restituzione in intiero, l'altro coerede non è in piena libertà di ricusare la porzione medesima, ma o deve prendere pur questa, o recedere anche dalla propria porzione e lasciare che tutta l'eredità cada in causa intestata, *l. 55., l. 61. de acq. vel. om. her.* [1]

Però, come continuamente avviene nel dritto romano, che a giuste regole si trovano aggiunte ragionevoli eccezioni; di queste non manca la regola nostra anche nel punto degli eredi. Talvolta l'eccezione trovasi direttamente introdotta dalle leggi; in maggior numero sono i casi, ne' quali viene come necessaria conseguenza della prevalente forza di altri principî. — Nel buon tempo della romana giurisprudenza si trova una sola eccezione introdotta direttamente; ed ha luogo ne' testamenti militari, *l. 6., l. 11. § 2., l. 12., l. 19. pr., l. 37. de testam. milit., l. 19. § 2. de castr. pecul., l. 1., l. 2. C. de testam. mil., l. 7. de R. I., § 5. I. de heredib. instit.* E ciò fa parte del noto general privilegio ai soldati concesso da Cesare, e poi da Tito, da Domiziano, da Nerva, e da Trajano, di far testamento “ quomodo volent, quomodo poterint „ *l. 1. pr. de test. milit.* Se la nostra regola emanasse dalla mera ragione naturale, non ne andrebbe esente il soldato: ne va esente, perchè detta regola discende bensì da fluido raziocinio, ma derivato da una sanzione di gius positivo che ne' testamenti in genere considerò una

[1] Su questo articolo cf. il mio libro *del dritto d' accresc. pag. 111. segg.*

specie di legislazione familiare, siccome fu dimostrato di sopra. Ond' è, che il militar testamento è pur libero da altri obblighi, che vedemmo parimenti nascere dal medesimo general carattere dei testamenti. Può il soldato preterire i figli, senza che perciò vacilli la sua testamentaria volontà, e la preterizione si ha per diseredazione, *l. 12. pr., l. 47. § 4. de bon. libert., l. 9., l. 10. C. de test. milit., § 6. I. de exhered. liberor.;* e può morire lasciando più testamenti, *l. 19. pr. de test. milit.* È noto, quanto si disputi, come in genere sul privilegio del testamento del soldato, così in ispecie su questa parte di esso privilegio, per cui il soldato può morire parte testato, parte intestato: varie essendo le vedute sulla ragione di queste speciali disposizioni di dritto. Gran parte degli scrittori ritiene, che la ragione " *propter nimiam imperitiam eorum (militum)* " allegata da Giustiniano *pr. I. de mil. test.* non sia che un palliativo o pretesto, e ciò perchè, secondo essi, non potrebbe con essa spiegarsi perchè il militar privilegio sia limitato al tempo in cui il soldato trovasi *in castris et in expeditione* e non valga per l'epoca in che il medesimo vive *in hybernis et stativis.* Sostituiscono altre ragioni: chi ne trova nella natura dello stato militare e ne' pericoli annessi al medesimo, come se quel privilegio fosse un premio di questi; chi in un' adulazione prestata alla prepotente soldatesca allorquando essa incominciò a proclamare e destituire imperatori [1]. Ma, mentre concedo che alcuna di queste riflessioni ha un giusto peso, però non ho potuto persuadermi giammai, che nella militare imperizia e semplicità non sia stata la vera e fondamental ragione del privilegio; imperocchè non il solo Giustiniano l'allega, ma l'adducono anche altri autori del nostro dritto del-

[1] Cf. Vinn. *ad pr. I. de mil. test.* Huber. *I. pag. 176.* Ortol. *II* § *670* — Gans *Erber. p. 168. segg.* ed Huschke *Rhein. Mus. II. p. 331.* cercano la ragione in uno sviluppo storico dell'epoca imperiale. Dicono, che allora l'essere subiettivo (" *Dasein* ") vinse l'obiettiva natura della legalità, e che tale avvenimento ebbe la sua parvenza quanto alle cose umane nell'imperatore e ne'suoi soldati, quanto alle divine in Cristo e nella sua Chiesa. Non può dirsi davvero, che questo discorrere si appoggi sopra una sintesi perspicua.

l'epoca migliore, Gajo nel *comm. II. 109. 114.*, Trajano riportato da Ulp. *l. 1. pr. de test. milit.*, Antonino *l. 3. C. de test. milit.* Ed ecco come spiegherei. Narra Cesare *De B. G. 1. 39.* come avvenisse ai suoi tempi, e precisamente nelle guerre germaniche, che i soldati romani in momenti di grave rischio si affollassero a fare il loro testamento " *vulgo totis castris testamenta obsignabantur* " [1]. In quella molteplice e tumultuaria composizione di testamenti era presso che impossibile trovare per ciascuno i sette assistenti desiderati dal dritto ordinario ed osservare puntualmente le scrupolose solennità del testamento *per aes et libram* [2]. Ripetendosi spesso simili eventi nelle lunghe e sanguinose guerre consecutive, Cesare stesso concesse per primo ai soldati di far testamento senza solennità: così però, che la validità di cotesto non solenne testamento fosse temporale, e durasse quanto la descritta urgenza e non dopo cessata la medesima. Su di ciò abbiamo la testimonianza di Ulpiano *d. l. 1. pr. de test. milit.* Ulpiano stesso ci narra, che poscia Tito, Domiziano, Nerva, e Traiano, estesero ciò che Cesare solo temporariamente aveva accordato; riconobbero " *ob simplicitatem et imperitiam* " più durevole valore nel militar testamento. Convien ricordare, che i romani ne' loro affari importanti solessero adoperare il consiglio e l'assistenza de' giureperiti. Non era da essi intrapreso affare di qualche rilievo, senza che fosse presente il perito nelle leggi; e, aggiungiamo di passaggio, che non sempre costui la sua opera prestava lealmente, ma talvolta induceva nel negozio delle clausule capziose [3]. Dell' una e dell' altra cosa ab-

[1] Ved. anche Floro *III. 10.*

[2] Per causa non dissimile nell'antico testamento *in procinctu*, benchè sostanzialmente regolare e retto dagli stessi principî del testamento *calatis comitiis*, pure non si richiedeva che la presenza di tre o quattro testimoni, Plutarco *Coriol.* « τρίων καὶ τεττάρων ἐπακουόντων » Quanto a quel καὶ di Plutarco, o bisogna leggere piuttosto con alcune edizioni ἤ o credere che si enunci disgiuntivamente come non raramente vien fatto.

[3] Quindi nel monumento, che è presso il Grutero *662. 5.*, si legge " *dolus malus abesto et jurisconsultus* "; e nell' altro, che trovasi nell' Orelli *4821.*, Agatopo, liberto ed invitatore di Augusto, nello acquistare una servitù di passaggio

biamo quanto ai testamenti un documento nella *l. 88. § 17. de l. 2.;* ove si propone a Scevola la questione, se valga come fidecommesso una volontà così espressa " *L. Titius hoc meum testamentum scripsit sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius sequutus, quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas* "; Scevola risponde affermativamente. In analogia a questa general costumanza di adoperar giureconsulti negli atti importanti, Labeone stabiliva in massima, che la ignoranza di dritto non nocesse a coloro, che privi di propria perizia, non avessero avuto possibilità d'interrogare giureconsulti, *l. 9. § 3. de jur. et facti ignor.* E su questo proposito sono da consultare anche le *l. 10. de bonor. possess., l. 2. § 5. quis ordo in possess. serv.* Ora il soldato, non al certo studioso del dritto civile, neppure avea copia di giureconsulti da interpellare allorquando trovavasi negli accampamenti ed era in spedizione contro il nemico [1]. Non è dunque meraviglia, che lo ignorare e trascurare le solennità del comune testamento fosse concesso ai soldati per la loro semplicità ed imperizia; e lo fosse precisamente mentre erano *in castris* o *in expeditione*. Giacchè quando sono ne' quartieri d'inverno o in guarnigione, dimorano in centri popolosi, ne' quali han copia di giureconsulti da interpellare, e cessa questa fondamental ragione dell'accordato privilegio. Ad essa ragione principale si aggiunse secondariamente l'altra dello stato militare e de' relativi pericoli; per la quale avvenne, che il militar privilegio si estendesse anche al preside della provincia, al legato, e ad altri che i loro supremi giudizî ordinassero *in hosticolo* [2], *l. 1. de bonor. possess. ex test. milit.* Queste le ragioni del privilegio. Non accoglierei punto quella dell'adulazione alla solda-

per un suo sepolcro, si esprime " *ab iis omnibus dolus malus abesto et jus civile* ": *jus civile* per la *disputatio fori*.

[1] Ricorrono alla memoria gli scherzi, che Cicerone *Ad familiar. VII. 13.* volge a Trebazio Testa giureconsulto, quando costui trovavasi in istato militare, troppo alieno dalla sua professione.

[2] Così la fiorentina: altri codici hanno *hostico loco*, altri *hostili loco*.

tosca. Se questa entrasse nella istituzione privilegiata del testamento militare, non sarebbe il medesimo stato introdotto da Cesare, della militar disciplina osservantissimo, nè lo avrebbero esteso ottimi imperatori come Tito, Nerva e Traiano. Finalmente non avrebbe perdurato a traverso i secoli. Dappoichè negli umani istituti vita durevole non ha se non ciò che è fondato sopra solide basi; ma dell' adulazione, che dalla debolezza parte ed alla vanità si dirige, nulla può essere o concepirsi di più infermo e leggero.

Dicemmo, che all' epoca classica solo nel testamento militare si trova, quanto all'istituzione dell'erede, fatta eccezione diretta alla regola *nemo potest decedere ex parte testatus ex parte intestatus.* Ha ragione Huschke *loc. cit.* quando nega, che a questa eccezione si abbia ad aggiungere un' altra relativa al testamento che sulla sola metà del loro peculio possono fare i servi *populi romani*[1], *Ulp. XX. 16.* In verità il testamento è di tutto un patrimonio: solo che nel punto di farlo, il patrimonio vien ridotto alla metà di quello che fu per lo innanzi, ed il resto è attribuito allo Stato. Esempi nelle *l. 6. § 6. de injusto rupto, l. 13. C. de test. milit., Collat. leg. Mosaic. et Roman. tit. 5. c. 2. § 2.*

Una seconda eccezione alla regola nostra si presenta in tempo di decadenza, introdotta da Giustiniano nella *Nov. 1. c. 1. § 1.* Vedemmo, che per dritto delle pandette quando più eredi aveano adìto le loro parti di eredità, ed uno in seguito venisse a perdere la porzione propria, all'altro era data elezione o di tutto prendere o di tutto abbandonare; precisamente in osservanza della regola che la causa non potesse ridursi a testata in parte ed in parte intestata. Ma in *d. Nov. 1. c. 1. § 1.* si stabilisce per converso, che se ad uno degli eredi, che avessero adìto, dovesse

[1] Alcuni manoscritti de' frammenti d' Ulpiano hanno " *praetoris* „ o " *praetoriani* „. Sagacemente osservarono Cuiacio e Schultingio essere equivoco, cagionato dalle due note " *p. r.* „ adoperate in antico manoscritto, e male interpretate dall'amanuense.

togliersi la sua parte per non avere egli adempito le ingiunzioni impostegli dal testatore, fosse in piena libertà dell'altro lo accettare la parte medesima, o il ricusarla lasciandola ai chiamati *ab intestato*.

Più frequenti, come avvertimmo, sono le limitazioni che la nostra regola sopporta, quanto agli eredi, non per diretta disposizione della legge, ma per necessaria conseguenza dell' operare prevalente di altre regole più potenti. Esaminiamole. — Come conseguenza indispensabile del privilegio generale del testamento militare, troviamo fallire la regola quanto all'eredità di un altro, che non è soldato, nella specie della *l. 15. de vulg. et pupill. subst.*, autore Papiniano. In forza della libertà, che dal suo privilegio deriva, può il soldato nel testamento sostituire al proprio figlio, istituito erede, pel caso che il medesimo sarà infatti erede, anche oltre l'età pupillare di esso. Il soldato sostituì al figlio, che lasciava impubere, nel modo seguente: *Si filius heres erit, et intra quintum et vicesimum annum aetatis sine liberis vita decesserit, Gajus heres esto.* Dice Papiniano, che se il figlio morrà prima di aver compito gli anni quattordici, Gajo prenderà, secondo il dritto comune, tutti i beni appartenenti al figlio medesimo. Che se detto figlio morrà pubere e minore, Gajo avrà bensì, pel privilegio del soldato, i beni provenuti dal padre ed i frutti de' medesimi, ma non gli altri beni del tutto propri del figlio medesimo. Poichè il privilegio del militare non può essere prodotto tant'oltre da imporre un erede testamentario nel proprio avere al figlio, il quale può farsi testamento da se stesso o preferire gli eredi legittimi morendo senza testamentarie disposizioni. Pertanto, se il figlio muoia nella fattispecie senza testamento da se scritto, avrà due eredi di diversa causa; uno quanto ai beni paterni e relativi frutti secondo le testamentarie disposizioni del padre soldato, e l'altro quanto ai beni propri secondo le leggi sulle eredità *ab intestato*.

Per l'importanza necessaria di massime di ragione, e delle sanzioni del divo Pio sulle adrogazioni degl' impuberi, rinveniamo un'altra eccezione alla regola nel caso seguente. L'adrogatore d'un

pupillo lo istituì erede, e gli fece sostituzione pupillare nel suo testamento. L'erede scritto al medesimo non avrà che i beni pervenuti al defonto pupillo dal suo adrogatore; e dopo dispute fra giureconsulti fu ricevuto ancora, che egli avrà pure la *quarta D. Pii* e i beni che esso defonto ebbe da altre persone, ma che non avrebbe avuto senza l'occasione dell'adrogazione. Non prenderà gli altri beni tutti del pupillo morto; anzi neppur quelli che esso pupillo aveva al vivente adrogatore acquistati: mentre questi formano l'obietto della cauzione data dall'adrogatore, *se restituturum ea, quae ex bonis ejus consequutus fuerit, illis ad quos res perventura esset, si adrogatus permansisset in suo statu.* Tutto ciò è riferito da Ulpiano *l. 22. § 1. de adopt. et emancip., l. 10. § 6. de vulg. et pupill. substit.* Pertanto nel detto caso di morte del pupillo succederanno insieme l'erede testamentario per i beni pervenuti dall'adrogatore, per la quarta, e per le altre cose acquistate sull'occasione dell'adrogazione; e l'erede *ab intestato* per tutto il resto.

A questo articolo delle regole prevalenti appartiene ciò, che spesso si verifica nella querela d'inofficioso testamento, che risulti erede scritto ed erede intestato su parti diverse dell'eredità [1]. Questi eventi possono ridursi a due capi. — Primieramente accade

[1] A cotesto risultato non fa ostacolo l'altra riflessione, che il testamento inofficioso si creda fatto da uomo di mente non sana, *l. 2, l. 5. § 2. de inoff. test.* Questo non è che colore di ragione come lo chiama Marciano; altrimenti non rescindibile, ma nullo sarebbe il testamento. Colore adoperato per dare qualità giuridica a quella considerazione di convenienza, che fu fondamento all'introdotta querela. Questa ragione di convenienza consisteva in ciò, che fosse inconsentaneo il permettere ai testatori di trascurare liberamente persone, che per la loro intima unione coi medesimi avrebbero una prossima chiamata dalle leggi *ab intestato*, cf. *l. 6. pr. de inoff. testam., l. 15. pr. cod. tit. junct. l. 7. § 1. si tab. test. null.* Per rendere giuridica questa ragione, la giurisprudenza cominciò a riflettere che il testatore il quale tali persone ingiustamente trascurasse quasi che fossero indegne e male merenti, recava alle medesime un'ingiuria, *l. 2. de inoff. test.* Ma siccome da ciò non sarebbe giuridicamente potuto derivare che un dritto personale ad emenda, e non già quello di rescindere il testamento, fa a quell'ingiuria dato il colore succennato; quasi che fosse ingiuria da pazzo il trattare come indegno un prossimo innocente. Pertanto la riflessione sulla pazzia è soltanto un colore attribuito alla ingiuria per arrivare a poter introdurre la querela d'inofficioso, e non altro.

talvolta, che prescindendo dal dritto che l' attore avesse e non avesse d'esercitar la querela, conduca al descritto risultato la natura della regiudicata emanata di fatto nel giudizio d'inofficioso testamento, come da esso intentato. Un caso, che spetta a questo punto, è quello dell'attore, il quale abbia contro più eredi scritti esercitato la querela avanti a diversi tribunali o consigli centumvirali, e, pel discrepante apprezzamento de' fatti, contro altri abbia vinto, verso altri no; Papin. *l. 15. § 2. de inoff. test.*, *l. 76. pr. de l. 2.*, *l. 29. pr. vers. Nam et, de except. rei judic.*, Gordian. *l. 13. C. de inoff. test.* [1]. La regola, che niuno ha da essere parte testato parte intestato, cede avanti alla suprema importanza delle regiudicate, le quali per l'interesse stesso della repubblica, come dice Cicerone, vanno osservate, o che condannino o che assolvano. — Huschke *loc. cit. pag. 336. seg.* crede, che quì non si rivenga eccezione alcuna alla ricordata regola. Per dirla tale, esso scrive, converrebbe dire, che ai centumviri forse permesso il supporre contro la regola stessa (" dass es den Centumviren erlaubt gewesen wäre, gegen unsere Regel anzunehmen „), che alcuno può morire parte testato parte intestato; ma ciò è falso anche in quella specie, mentre il trovarsi in risultato un erede testamentario ed uno legittimo è soltanto effetto dello essere stato l'obietto della lite avanti al tribunale, che ammise la querela, una parte e non tutta l' eredità. È perciò soggiunge, che Papiniano *d. l. 15. § 2. de inoff. test.* non si esprime " nec absurdum videtur, pro parte intestatum *esse* „, ma " intestatum *videri* „; cioè non obiettivamente, ma per influenza del giudicato (" denn objectiv, und ohne Einfluss des richterlichen Urtheils kan dieses.... nicht eintreten „). Ma non so vedere per qual necessità s'abbia dire, che i centumviri, affinchè dessero occasione a formare un'eccezione della regola, pensar dovessero a formarla, ed

[1] Altro è il caso trattato da Plinio *Epist. 6. 33;* quando cioè in uno e identico tribunale, giudicando più consigli riuniti, disuguali fossero le opinioni prevalse nei singoli consigli. In questa ipotesi si ha da ritenere la sentenza favorevole al testamento, secondo la *l. 10 pr. de inoff. test.*

anzi dovessero negar la regola; mentre invece l'eccezioni non sono punto negazioni delle regole. I singoli consigli ad altro non pensarono, che a decidere se l'attore avesse o non avesse dritto a dire inofficioso il testamento. Il risultato fu che il defonto riescisse parte testato parte intestato: per influenza al certo di quei giudizî; ma non per questo è men vero che tale risultato sia diverso da quello che porterebbe da per se la regola, e formi eccezione alla medesima. Nè posso intendere quel che Huschke asserisce sul " *videri* „ di Papiniano. Poichè se Papiniano intendesse, che subiettivamente, cioè nella mente de' giudici, sembrasse il defonto intestato per parte (e non so vedere qual'altra intelligenza possa avere il supposto di Huschke, che Papiniano non parli obiettivamente); il giureconsulto direbbe per lo appunto quel che è da Huschke stesso giustamente riprovato; vale a dire che i centumviri pensarono di negar la regola o di formarle eccezione. Papiniano dice *videri* per apparire, dimostrarsi la cosa qual' essa è; come spesso quel verbo è preso ne' frammenti nostri. Onde Gordiano, senza contradire certamente a Papiniano, si vale nella *d. l. 13. C. de inoff. test.* di parole manifestamente obiettive, e dice " pro ea parte, qua resolutum est testamentum „. — Generalmente gli scrittori riconoscono nel caso di cui trattiamo una vera eccezione; e sogliono richiamarlo ad una formola complessiva da valere per tutto ciò che trovasi ricevuto eccezionalmente di fronte alla regola della quale ci occupiamo. Dicono, non esser possibile che *ab initio* alcuno muoia in parte testato ed in parte intestato, poter ciò avvenire *ex post facto* [1]. Allegano la *l. 19. § 2. de castr. pecul.*, dove, come già riportammo, Trifonino dice del soldato " miles ab initio pro parte testatus potuerat mori „; onde conchiudono, che dunque la contraria regola, la quale vale pel pagano, si è che " ab initio pro parte testatus mori non possit „. Non nego al certo, che nel caso, di cui ora parliamo, si potrebbe, a giustificar la eccezione, invocare anche

[1] Vinnio *Ad Inst. I. pag. 372.*, Cujacio *IV. col. 883.*, Seuffert *Arch. f. civ. Prax. III. p. 219. n. 133.*, ecc.

il noto principio, che possono *ex accidenti, ex post facto* aversi de' risultati irregolari, quando lo sviluppo sopraggiunto d'innegabili avvenimenti porti che una regola qualunque si renda inapplicabile. Infatti nel caso sopraggiunsero avvenimenti i quali resero la causa parte testata parte intestata non in virtù del modo, col quale il testamento fu formato in principio, e de' dritti che in tale occasione nacquero, ma per opera diretta de' vari giudizi posteriormente pronunciati. Credo però, che quella formola, com' è concepita ed intesa in maniera complessiva, non sia soddisfacente; nè mi sembra opportunamente invocata la *l. 19. § 2. de castr. pecul.* Non soddisfacente la formola, perchè abbiamo già segnalato eccezioni, che nascono direttamente dal testamento come fu fatto e potuto fare (*l. 22. § 1. de adopt. et emancip., l. 10. § 6., l. 15. de vulg. et pupill. substit.*); ed altre ne troveremo in seguito, che parimenti derivano dal modo stesso in che fu formato in principio il testamento. Nella *d. l. 19. § 2.* Trifonino afferma, che il soldato può “ ab initio pro parte testatus mori „ per conchiudere, che dunque lo può anche *ex post facto.* Vale a dire stabilisce, che come il soldato può fin da principio testare de' soli beni castrensi, e non de' paterni, ossia de' beni ad esso già pervenuti dal padre defonto; così, avendo fatto testamento dei castrensi che allora soli egli aveva, esclusi ne sono i beni paterni posteriormente sopraggiunti. Ed in tutto ciò il giureconsulto fissa differenza verso il testamento del pagano. Pertanto in questo frammento è piuttosto stabilito il contrario di ciò che nella predetta formola viene asserito, ossia viene fermato, che quanto può farsi *ab initio* può anche riceversi *ex post facto,* e viceversa quel che in principio non può formarsi non può ammettersi in seguito. Ed infatti neppure *ex post facto* possono essere turbate le regole, se non quando lo impongano imperiose circostanze sopravenienti; circostanze imperiose, che nel caso della querela esercitata con sorti varie avanti a diversi tribunali realmente esistono, ma non esistevano nella specie di Trifonino.

Altro caso, in cui la regola nostra viene a mancare per la natura d'una regiudicata in giudizio d'inofficioso testamento, è quello di chi esercitò e vinse la querela contro uno solo degli eredi scritti; l'altro rimane erede testamentario, mentre *res inter alios acta aliis nocere non debet*. Qui spetta la *l. 25. § 1. de inoff. test.*, autore Ulpiano. Egregiamente lo Scoliaste ne' basilici *XXXIX. l. 21. Heimb. IV. 25.* fa la specie d'un testamento, nel quale siano scritti più eredi, e siano ingiustamente diseredate persone prossimamente chiamate alla successione intestata ed aventi per prime la querela d'inofficioso, p. e. i figli: aggiungendo, che un'altra persona, chiamata più remotamente alla successione intestata, esercitò di fatto la querela contro un solo degli eredi, e riescì a vincere. Non credo però, che con pari felicità lo Scoliaste fissi l'esempio di quest'altra persona in un fratello preterìto dal testatore, il quale avesse istituita una persona onesta ed una turpe; onde spiega perchè il preterìto promosse con risultato la querela contro un solo degl'istituiti. Questo per l'epoca d'Ulpiano è anacronismo. Imperocchè Costantino fu il primo a stabilire, che i fratelli allora soltanto potessero esercitar la querela quando si trovasse istituita persona turpe, o macchiata di lieve nota, ovvero fosse istituito un liberto che non avesse con sommi benefizî benemeritato del testatore suo patrono, *l. 1. 3. Cod. Theodos. de inoff. test.*, *l. 27. C. eod. tit.* Infatti in nessuno de' testi, che, anteriori a Costantino, parlano della querela competente ai fratelli, è fatto cenno di detta limitazione; *l. 1.*, *l. 8. § 5.*, *l. 24. de inoff. test.*, *l. 21. C. eod. tit.* Dalla *l. 31. § 1. de inoff. test.* si arguisce, che nell' epoca precedente questo imperatore la querela de' fratelli aveva un'altra limitazione. Dice Paolo: " Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil interest quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus ". Onde chiaro risulta, che se si trattasse di fratelli molto importava lo essere l'erede istituito un servo, o una persona del tutto estranea al testatore da non aver con esso neppure comunanza di municipio; ossia, che in tali casi soltanto ai fratelli com-

peteva la querela [1]. Pertanto volendo introdurre nella specie della *l. 25. § 1.* il fratello, converrebbe farla di due eredi istituiti, dei quali uno fosse libero e avente col testatore almeno la comunione di municipio, e l'altro fosse servo o privo anche della comunione medesima; in conseguenza di che il fratello preterìto avrebbe agito contro il secondo solamente. Però nel testo non è parola che ci leghi a questa specie; anzi l'espressione " unum sibi heredem *eligat* „ esclude la necessità che avesse l'attore di perseguitare una sola determinata persona fra le istituite. Si può ritenere, che agisse colla querela un ascendente, che sarebbe chiamato alla successione legittima ed ha la querela dopo i figli, i quali nella fattispecie furono diseredati ingiustamente. Od anche si può supporre, che agisse un agnato non ammesso affatto alla querela giusta il diritto che all'epoca d'Ulpiano si andava formando. Che di fatto egli istituisse la querela contro uno solo degli eredi scritti; e che di fatto fosse ammesso dai centumviri. Poichè all'epoca di Ulpiano cominciarono a restringersi le antiche facilità dei centumviri sullo ammettere chi credessero alla querela [2], ed a stabilirsi esclusivamente le tre classi de' discendenti, degli ascendenti, e dei fratelli; siccome apparisce dalle parole di Ulpiano stesso *l. 1. de inoff. test.*, specialmente se confrontate con quelle di Giustiniano *§ 1. I. de inoff. test.* Non è è punto da meravigliarsi, se nell'epoca medesima talvolta riappariva ancora l'antica larghezza centumvirale, e se la *l. 25. § 1.* ce ne dà un esempio. Intanto ecco un altro caso, nel quale per la parte

[1] Costantino ritenne il caso d'istituiti servi propri come idoneo all'esercizio della querela per parte de' fratelli, *d. l. 3. C. Theod. de inoff. test.*, ma riportandolo alla sua teoria sulle persone infami. Considerò, che il servo proprio è erede necessario, destinato, secondo il concetto per cui tale erede necessario è stato introdotto e secondo la consuetudine de' testatori, a subire l'infamia della vendita de' beni; e sotto questo punto di vista adattò alla cennata sua teoria la querela da darsi in questo caso ai fratelli: " quia non magis patrimonium, quam infamiam consequi videtur „.

[2] Anche in Valerio Massimo *VII. 7.* troviamo un esempio di querela concessa a figli dati in adozione e persistenti nella famiglia adottiva. Un resto di questa antica larghezza si manifesta nella *l. 10. pr. C. de adoptionib.*

dell'erede vinto la causa diventa intestata, salvo rimanendo il testamento per la parte dell'altro contro cui non fu litigato; appunto perchè la regiudicata non tocca questo secondo, nè la cosa trattata fra alcune persone può ad altre recar pregiudizio. Nello interpretare questo frammento non si deve omettere la spiegazione di quel che Ulpiano dice sul profitto della vittoria; che cioè per la parte nella quale l'attore ha intentato la querela ed ha vinto, la vittoria gli sarà efficace, " cum effectu querelam instituisse „; e che le persone, che più prossimamente sarebbero succedute *ab intestato* e sarebbero state poziori nella querela, restano escluse dalla eredità " praecedentes eum personae exclusae sunt „. Perchè piuttosto la vittoria dell'attore non giova a tali persone, ed, essendo resa la causa per parte intestata, non sono queste preferite come chiamate precedentemente alla successione legittima? Non mi pare esatta la risposta, che a tal quesito è data da Huschke *pag. 340.*; sussistere tuttora nella fattispecie l'altro erede testamentario, non essere perciò aperta affatto la successione intestata, appunto perchè niuno può essere parte testato parte intestato. Mentre anzi è necessario effetto della vinta querela il ridurre la causa ad intestata, *l. 6. § 1., l. 17. § 1., junct. l. 2. l. 5. § 1. de inoff. test., l. 8. § 16. eod.* Onde nel nostro frammento Ulpiano afferma " testamentum *pro parte* valet „, ed in esso si ravvisa un' eccezione alla regola *nemo potest etc.* Nè miglior avviso sarebbe il cercar la ragione in ciò, che *res inter alios acta aliis prodesse non debet.* Imperocchè questa massima riceve pur essa le sue limitazioni: e fra le altre quella, che in certi determinati casi sia per speciali motivi ricevuto, che la sentenza ottenuta in contradittorio giovi o noccia anche ad altri, nel giudizio non intervenuti. In questi casi si dice, che la sentenza *jus facit*, fa dritto assolutamente, e non fra le sole parti litiganti, *l. 3. pr. de agnosc. et al. liber., l. 50. § 1. de l. 1., l. 14. pr. de appellat.* Simile espressione è quanto alla querela adoperata nella *l. 17. § 1. de inoff. test.*; ove la efficacia contro i terzi è negata alla sentenza ottenuta in essa querela soltanto nel caso, che la

sentenza medesima sia stata emanata in contumacia. Come anche negli altri casi or ora accennati la sentenza avuta contro una persona non nuoce ai terzi, se essa persona non difese, o mal difese colludendo coll'attore, *d. l. 50. § 1. de l. 1., d. l. 14. pr. § 1. de appellat.* Essendo adunque la sentenza, proferita nella querela, atta e a nuocere e a giovare ai terzi; chiara discende la conseguenza, che, ridotta per essa la causa ad intestata, non possa evitarsi che ne profitti chi è alla intestata eredità più prossimamente chiamato. Infatti ecco il testo manifesto di Ulpiano *l. 6. § 1. de inoff. test.* „ Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit), et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patremfamilias facit „ [1].

[1] È nota la questione, che si agita anche sul dritto delle pandette, se, vinta la querela da uno, possa invece profittare della vittoria un altro, il quale abbia una chiamata *ab intestato* o più prossima o pari a quella del vincitore, mentre però non si trovi in un ordine di ammessi all'esercizio della querela. — Irregolarità e disarmonia fra le successioni legittime e la querela, per cui l'unione di una persona verso il defonto viene diversamente apprezzata ne' due istituti, e che cominciò a comparire quando prima i senatusconsulti e poi le costituzioni orientali alterarono varî punti delle successioni intestate così che le mutazioni saltuarie non si trovarono d'accordo colla teoria della querela: però non manca di ritrovarsi talvolta nella *Nov. 118.* — La questione è agitata fra Vinnio, Huschke, Witte, Sintenis da una parte, e Viglio, Tuldeno, Windscheid dall'altra; dandole i primi affermativa soluzione, negativa i secondi. Volentieri sottoscriverei a questi; ma non per la ragione, che suol essere allegata, cioè perchè *res inter alios acta aliis prodesse non potest;* mentre credo tale massima inapplicabile per la disposizione della *d. l. 6. § 1. de inoff. test.*, disposizione che ritroveremo nelle *l. 17. pr., l. 19. cod. tit.* Come neppure mi varrei della nostra *l. 25. § 1. de inoff. test.* nè della *l. 16. pr. cod.;* perchè se in questi due testi la vittoria non giova a chi non litigò, ciò non è per la ragione, che costui non fosse in ordine ammesso alla querela, mentre anzi lo era, ma bensì per l'efficacia della diseredazione, come dichiareremo. Credo, che alla proposta questione s'abbia a rispondere negativamente per altro motivo; vale a dire per causa di grande equità e convenienza adoperata nello intendere la sentenza centumvirale, ad esempio di quella usata nella specie di *d. l. 17. pr. de inoff. test.*, della quale parleremo in seguito. Come nella specie della *l. 17. pr.* non si calcola nella distribuzione dell'eredità chi era nell'ordine degli ammessi alla querela ma ha contro se una diseredazione intrinsecamente valida, così nel caso discusso sarà escluso *a fortiori* chi non è affatto in tale ordine, onde non possa profittare della vittoria ottenuta da un altro autorizzato dalle leggi ad esercitar la querela. In verità, se si decidesse diversamente, sarebbe quanto negare la querela a quest'ultimo; il quale si asterrebbe al certo

Torna adunque la difficoltà, perchè Ulp. non dica altrettanto nella specie della nostra *l. 25. § 1.* Ottimamente, mi sembra, essere stata la difficoltà medesima sciolta dallo Scoliaste greco *basil. loc. cit. Heimb. IV. 25. seg.* " Οὔτε γὰρ οἷόν τε ἐστὶ τέως ἐξ ἀδιαθέτου καλεῖσθαι τοὺς παῖδας, ἐφ' ὅσον, ὡς εἴρηται, διὰ τῆς ἐξνερεδατίονος μήτω τὴν δεϊνοφ. κινοῦντες ἠσφαλισμένοι, τυγχάνουσιν· ὥστε μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ εἰρημένον ἐν τῷ ς. διγ. ἐκεῖ γὰρ θεματίζει πᾶσαν εἰς ὁλόκληρον καταλυθεῖσαν τὴν διαθήκην ". Non essendo il testamento rescisso per intero, come fu esposto di sopra, deriva, che sussista la diseredazione scrittavi contro i prossimamente chiamati ab intestato. Stando così le cose, costoro sono da essa diseredazione (" διὰ τῆς ἐξνερεδατίονος ") esclusi. Qui consiste la differenza della *d. l. 6. § 1. de inoff. test.*, dove tutto il testamento era rescisso.

Passiamo al secondo capo, alla seconda categoria di eventi, che si verificano nella querela d'inofficioso così, che in forza di regole prevalenti la regola nostra non venga applicata. A maggior ragione che nel primo capo fin ora esposto, fallisce la regola allorquando il risultato di causa parte testata parte intestata è necessaria conseguenza del non doversi eccedere i diritti, competenti veramente all'attore, e secondo i quali è stato giudicato. — Quindi in primo luogo si verifica ciò nel caso, che oltre l'attore altre persone esistano ingiustamente escluse dal testatore e aventi alla querela dritto eguale all'attore medesimo. In tale ipotesi esso attore deve per la parte di queste persone riservare ad esse l'esercizio della querela e la relativa persecuzione de' beni ereditarî. Ulp. *l. 8. § 8. vers. Et si, de inoff. test.* " Et si dicam inofficiosum, non totam here-

dall'usarla, incontrando le spese, i fastidi, ed i pericoli d'una lite colla vista di far godere altri della vittoria. È facile lo scorgere la ragione di differenza che corre fra la decisione che diamo alla presente questione, e la decisione che dà Ulp. nell'altra specie trattata nella *d. l. 6. § 1.* Imperocchè in questa specie si trattava di persona, che non avendo dritto alla querela anzi neppure ad alcuna intestata successione, avea per avventura esercitato la querela, e avea vinto perchè di fatto nessuno gli avea opposto la mancanza di dritto. " Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit), et casu obtinuerit, etc. ".

ditatem debeo, sed dimidiam petere „. Per la qual cosa agendo esso e vincendo per la sua parte soltanto, risulta la causa parte testata e parte intestata, finchè quelle altre persone non agiscano ancor esse. E parte testata parte intestata rimarrà la causa, se le persone medesime agiranno, ma per avventura saranno escluse da nemica sentenza. Imperocchè, posto una volta lo stato di causa parte testata parte intestata, non deve al certo cangiarsi per tale esito; nè si deve permettere, che colui il quale per lo innanzi avea vinto per una parte, cominci adesso a togliere all'erede scritto l'altra parte che allora avea lasciata presso di lui. Basta il riflettere, come assurdo sarebbe, che l'erede scritto risentisse danno dalla vittoria ultimamente riportata. — Alla *d. l. 8. § 8. vers. Et si* non fa ostacolo la *l. 17. pr. de inoff. test.*, dove Paolo così si esprime: “ Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eamdem querelam movere volunt „. Sagacemente Cujacio *IV. 883, V. 896.*, e dopo esso altri (come Huschke *pag. 344. n. 145)*, distinguono. Se dubbio sia il valore della diseredazione fatta a carico delle altre persone, perchè su di essa non fu giudicato, nè passò il quinquennio idoneo a promuover la querela relativa, nè ad essa querela fu rinunciato; allora l'attore deve lasciare ad esse la parte loro spettante, e non può colla sua querela perseguitare tutta l'eredità, *d. l. 8. § 8.* Se al contrario quella diseredazione sia sicuramente valevole, perchè o fu per sentenza confermata, o passò quel quinquennio, o alla relativa querela fu emessa rinuncia; allora l'attore, mancando di giusta concorrenza può colla sua querela tutto perseguitare, *d. l. 17. pr.* Eguale ragione ha la *l. 23. § 2. eod. tit.* dello stesso Paolo: “ Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars eius alteri adcrescit. Idemque erit, et si tempore exclusus sit „. — Però contro le risoluzioni della *l. 17. pr.* e della *l. 23. § 2.* sorge un'altra ragione di dubitare. Parrebbe, che nelle specie da esse trattate, sendochè tutto il testamento vien rescisso colla querela

intentata dall'attore, debba aver luogo la massima che trovammo stabilita nella *l. 6. § 1.*; cada, al cadere di tutto il testamento, la diseredazione delle altre persone, benchè per lo innanzi dichiarata intrinsecamente giusta, o confermata dal tempo o dalla rinunzia; apertasi pienamente la successione intestata, si faccia luogo anche a quelle diseredate persone che *ab intestato* hanno chiamata eguale all'attore. Adunque benchè l'attore medesimo possa chiedere nelle fattispecie di que' due testi la rescissione di tutto il testamento, senza che gli osti la massima del conservar la querela agli altri diseredati per le parti loro; sembra però, che non possa perseguitare l'intero patrimonio per quest'altra ragione, che, cadendo tutto il testamento, debba far posto a chi è con lui chiamato alla pari *ab intestato*. Paolo sente la difficoltà, e nella *d. l. 17. pr.* risponde: " Unde, si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic, si obtinuerit, uteretur rei judicatae auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint ". Il giudizio dei centumviri viene interpretato anche una volta a seconda della ragione dell'equità e della convenienza, colla quale essi trattavano tutta la materia della querela d'inofficioso testamento. Iniquo sarebbe, che coloro, i quali hanno contraria una giusta e valida diseredazione profittassero della riconosciuta ingiustizia della esclusione del fratello per godere pur essi dei beni, onde giustamente e validamente erano stati rimossi. Quindi in tali aggiunti di fatto si crede, che i centumviri abbiano colla regiudicata riconosciuto soltanto nell'attore la capacità di succedere *ab intestato* in forza del loro giudizio; quasi che rapporto a questo giudizio, e relativi effetti, gli altri neppure esistessero. La loro sentenza così interpretata ha quel vigore, che sopra tutto impera in cotesta materia.

Al secondo capo di eventi relativi alla querela, del quale ora ci occupiamo, spetta anche un altro caso. Quello cioè, in cui gli

istituiti eredi sian tali che non contro tutti si possa agire colla querela, e di fatto non siasi agito o almeno non siasi giudicato contro tutti, ma siasi potuto agire ed agito o vinto contro alcuni, e non contro altri. Una specie nella *l. 24. de inoff. test.* Ulp. “ Circa inofficiosi querelam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur: quid enim, si fratre agente, heredes scripti diversi juris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videtur „. Non si deve intendere questo frammento, come l'intese Accursio, di due istituiti uno turpe e l'altro onesto, e del fratello che agì contro ambedue colla querela e perdette verso il secondo, vinse contro il primo. Forse tale fu la mente di Triboniano nell'inserire quel testo nelle pandette, ma non poteva Ulpiano pensare di cose introdotte da Costantino (siccome già notavamo a proposito della *l. 25. § 1.*). Meglio Gotofredo *I. pag. 198.* fa la specie d'un istituito libero e d'un altro istituito servo, o d' un istituito avente col defonto comunione di municipio e d'un altro privo di essa. Il fratello agì contro ambedue (nel caso del servo, agì contro il padrone), vinse contro l'uno e non contro l'altro. Ecco la causa parte testata parte intestata.

Altra specie nella *l. 19. de inoff. test.*, testo di Paolo, ed una delle sei *leges damnatae* della glossa. Esaminiamo questo difficile frammento con quella maggior diligenza, che per noi si possa. Una madre morendo istituiva erede per parte, p. e. per nove oncie, un estraneo, e per il resto, per tre oncie, una di due sue figlie; preteriva l'altra. Posta l'ipotesi, che giudizio di querela fosse stato intentato e vinto dalla preterìta, si domandava a Paolo come avesse da provvedersi alla figlia istituita. Non fu espressa nel quesito la estensione con cui fu colla querela agito e vinto, di modo che il giureconsulto risponde quindi liberamente come la cosa debba essere accomodata a norma di dritto. “ *Mater decedens, extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit, et obtinuit: quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit* „. Paolo stabilisce, che la figlia preterìta ha da

6

vindicare la parte che avrebbe avuto se la madre fosse morta intestata, e non più; secondo la efficacia giuridica della querela, qual'è, che la causa si riduca intestata, si abbiamo risultati identici a quelli che si avrebbero se l'eredità testamentaria fosse rimasta deserta *l. 21. § 2. de inoff. test.* Ora è contradittorio, che altri promuova azione oltre i diritti che per essa esercita e porta ad esecuzione. " *Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset* „. Quindi il giureconsulto comincia a spiegare, investigando in qual modo potrebbe sostenersi la tesi contraria alla propria risposta, cioè che la preterìta ottenga tutta l'eredità intestata. Questa tesi non importerebbe soltanto la supposizione che tutta la causa sia resa intestata colla querela della preterìta; perchè, anche ciò posto, verrebbe anzi regolarmente che essa preterìta dovesse lasciare la metà alla sorella come chiamata alla pari *ab intestato*. Per giungere a conchiudere, che la preterìta abbia tutta la legittima eredità, dice Paolo che converrebbe appigliarsi alla spiegazione seguente. Bisognerebbe affermare, che la preterìta avesse atterrato il testamento agendo direttamente colla querela contro il solo estraneo, ed avesse insieme affacciato dritto d'accrescere verso la parte che sarebbe andata *ab intestato* alla sorella, quasi che essa sorella, scritta per parte erede, adendo l'eredità *ex testamento* avesse con ciò stesso omesso per rinuncia la eredità legittima. Giammai si potrebbe, per arrivare a detta conchiusione, dire verosimilmente, che la querela fu intentata anche contro la sorella scritta e così fu presa da lei direttamente anche la sua parte: poichè è evidente, che in quanto la madre scrisse erede una figlia, il testamento, lungi dallo essere inofficioso, compie un dovere. Inoltre sarebbe assurdo, che la condizione della sorella medesima fosse resa deteriore per essere stata istituita; mentre, come vedemmo, se fosse stata pur essa preterìta, avrebbe dovuto dalla sorella esercente la querela esserle riservata la sua parte. " *Itaque dici potest eam, quae omissa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato optat, et obtineat; solam habituram universam successionem, quemadmo-*

dum si altera omisisset legitimam hereditatem: sed non est admittendum ut adversus sororem audiatur, agendo de inofficioso „. Passa Paolo a confutare; dicendo che anche quella meno inverosimile spiegazione, che per la tesi contraria potrebbe tentarsi, non è sostenibile. Perchè la sorella scritta erede collo adire *ex testamento* non può sembrare d'aver rinunciato alla successione *ab intestato*, come meglio esso giureconsulto spiegherà in seguito: di modo che, seppure tutta la causa fosse resa intestata colla querela, non si eviterebbe, che la preterìta prendesse solo la metà del patrimonio. “ *Praeterea dicendum est, non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit* „. Nel definire così la inutilità della prima supposizione della tesi contraria, che cioè tutta la causa sia resa intestata (giacchè condurrebbe a risultati identici alla propria risposta), Paolo ne deduce, che dunque val meglio dire la verità tutta intiera, e spiega la propria risposta data di sopra genericamente. Vale a dire, che veramente la preterìta non tutta la causa fa intestata colla querela; ma deve lasciar salvo il testamento per il quadrante in cui fu istituita la sorella, perchè, come si disse, in questa parte non fu inofficioso; anzi neppure può rescinderlo per tutto il dodrante assegnato dalla testatrice all'estraneo. Sempre per la inevitabile necessità del principio, che la querela rende la causa intestata, e per essere contraddittorio che essa querela sia intentata oltre i diritti che l'attore avrebbe nella causa intestata. Ora nel caso la preterìta avrebbe avuto *ab intestato* la sola metà per la concorrenza della sorella: nè siamo nella ipotesi, che interpretar si possa la sentenza de' centumviri quasi che la sola attrice abbiano creduto esistente nel render la causa intestata, come nella *l. 17. pr.;* perchè manca la ragione di equità nella diseredazione valida a carico della sorella, diseredazione che qui non esiste. Pertanto la preterìta verrà ad avere un semisse rotondo, e senza frazioni “ *et ideo ab extraneo semissem vindicandum, et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad eam pertineat* „. Così accadrà, che la madre riescirà parte testata e parte intestata: intestata pel semisse preso

sull'estraneo erede; testata per l'altro semisse, del quale una metà (un quadrante) lasciata alla sorella scritta, e l'altra metà (altro quadrante) lasciata allo stesso estraneo. Eccezione alla regola *nemo potest decedere etc.;* non nuova, laddove il recedere da essa regola è indotto dalla necessità di regole preponderanti, qual'è nel caso, siccome esponemmo, la natura stessa della querela d'inofficioso testamento. Eccezione, alla quale non osta il credersi il testamento inofficioso fatto quasi da un furioso, come dimostrammo nella nota 28. " *Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licet quasi furiosae judicium ultimum ejus damnetur* „. Essendo Paolo in questo periodo, e nell'ultima parte dell'antecedente, tornato sulla risposta al quesito, la quale era stata prima data da lui genericamente; torna anche con analogia di pensieri alla risposta che avea data concisamente di sopra alla tesi contraria, e sviluppa anche questa. Ripete, che seppur si volesse ritenere tutta la causa resa intestata dalla querela, la figlia istituita potrebbe anch'essa adire *ab intestato*; falso essendo, che nella sua precedente adizione *ex testamento* possa scorgersi rinuncia alla intestata successione. Imperocchè non si rinunzia a dritti che non si sappia di avere, ad eredità di cui non si conosce che siaci deferita. Ora colei, che credeva valido il testamento materno (poichè avanti la promossa querela, e la sentenza, aveva ogni ragione di credere, che la madre fosse stata giusta colla sorella, preterendola a ragione), non poteva pensare di successione intestata. " *Ceterum si quis putaverit, filia obtinente, totum testamentum infirmari, dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem; nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri* „. E Paolo conferma questo suo dire ricordando, che anzi anche chi conosca un diritto, che veramente gli compete, non lo perde scegliendo un altro dritto, che crede per errore appartenergli. Allega l'esempio del patrono, che sappia competergli la *b. p. c. t.* contro il testamento del liberto, ma credendo erroneamente essergli stato ivi lasciato un

legato o una porzione d'eredità minore di quella dovutagli, scelga di accettare piuttosto il legato, o di adire questa porzione. Conoscendo poscia, che in verità non gli era stato lasciato legato o porzione di eredita, è ammesso alla *b. p. c. t.:* lo che è anche stabilito nelle *l. 8. de H. P.*, *l. 46. de bon. libertor.*, autore lo stesso Paolo. "*Cum et hi qui sciant*[1] *jus suum eligentes id, quod putant sibi competere, non amittant; quod evenit in patrono, qui judicium defuncti, falsa opinione motus, amplexus est: is enim non videtür bonorum possessionem contra tabulas repudiasse* „. Paolo conchiude ripetendo di fronte alla tesi contraria, che così ha pienamente confutato, la propria risposta data fin dal principio. Sendoche, seppure tutto il testamento dicessimo rescisso, sempre la sola metà dei beni toccherebbe alla preterìta, mentre l'altra metà spetterebbe alla sorella, cui competerebbe il diritto di adire pur essa *ab intestato;* è inevitabile, che la preterìta non possa rettamente vindicare tutta l'eredità. " *Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare: cum rescisso testamento, etiam institutae salvum jus sit adeundae hereditatis* „.

Che istituito uno de' figli, ed escluso ingiustamente l'altro non possa la querela muoversi per l'intero, e così per necessità si risolva la causa in testata per parte e per parte in legittima; è anche confermato dalle *l. 6.*, *l. 7. de dot. collat.* la prima di Papiniano, la seconda dello stesso Paolo, nelle quali si tratta d'un figlio emancipato istituito *ex asse* e di una figlia ingiustamente diseredata. " Pater filium emancipatum heredem instituit, et filiam exheredavit, quae inofficiosi lite perlata, partem dimidiam hereditatis abstulit: non esse fratrem bona propria conferre cogendum, respondi: nam et libertates competere placuit. — Nec ipsa dotem fratribus suis conferet, cum diverso iure fratres sunt heredes „. Appunto perchè, sostenendosi il testamento in parte pel figlio istituito, ed essendo rescisso in parte per la figlia diseredata, quello e questa succedono per diverso dritto (il figlio *ex testamento*, la figlia *ab intestato*),

[1] " Sciant „ hanno ottimamente la fiorentina ed i basilici *XXXIX. 1. 15. Heimb. IV. 21.* (" καὶ οἱ γινώσκοντες γὰρ τὸ ἴδιον δίκαιον „).

costoro non si fanno reciproca collazione. Non il fratello conferisce i propri beni; nè la sorella conferisce la dote profettizia. Poichè la collazione non si fa se non fra coloro, che succedono *eodem iure;* o perchè tutti vengano per la *b. p. unde liberi*, o perchè tutti vengano per la *b. p. c. t.*, o perchè tutti concorrano in seguito dello essere stato il testamento rescisso per intero colla querela d'inofficioso, *l. 17. C. de collat.* E per l'istessa ragione che per parte sta il testamento, le libertà in esso lasciate sono, come indivisibili, dovute per intero [1].

Alla specie medesima spetta la *l. 16. pr. de inoff. test.* Ulp. " Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit, et obtinuit, filia quae non egit, aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit „. La madre di due figli maschi, e d'una femmina, istituì *ex asse* uno dei maschi, diseredò l'altro maschio e la femmina. Dice Ulpiano, che il maschio diseredato agì *de parte* ed ottenne. Per parte cioè per la metà; perchè lasciar doveva evidentemente, e perciò lasciò la parte per l'istituito, nella qual parte il testamento non era inofficioso, ma fatto secondo il dovere. Potrebbe domandarsi, perchè io non faccia la specie, come la fanno alcuni recenti scrittori di Germania, vale a dire che il maschio diseredato agì ed ottenne per la terza parte: dovendo lasciare la parte non solo al fratello istituito, ma anche alla sorella diseredata secondo la *l. 8. § 8. de inoff. test.*, che abbiamo esposta di sopra. Non ho posto la specie a questo modo per due ragioni. Primieramente perchè se il diseredato avesse litigato e vinto per la sola terza parte, troppo chiaro sarebbe, che esso, il quale ebbe il minimo di che si può pensare in causa intestata, non dovrebbe soffrir concorso per parte della diseredata a cui fu lasciata salva la sua porzione. Ulpiano non si sarebbe occupato di cosa tanto ovvia e patente. In secondo luogo perchè la risoluzione è data sulla

[1] Cf. anche *l. 76. pr. de l. 2., l. 29. pr. de except. rei judic., l. 13. C. de inoff. test.* I legati poi, e i fidecommessi, siccome dividui, sono dovuti per parte, *d. l. 76. pr. de l. 2., d. l. 13. C. de inoff. test.*

figlia che “ non egit aut non obtinuit „. Ora è chiaro dalle cose dette, che se “ non obtinuit „, ossia se la sua diseredazione risultò valida e giusta, non si deve riservarle alcuna parte dal fratello esercente la querela, secondo la *l. 17. pr. de inoff. test.* — E dalle cose esposte s'intende, perchè nel caso potesse il diseredato agire per la metà e perchè non si applicasse il principio, che, ridotta la causa proporzionalmente ad intestata, possa la sentenza giovare anche a chi non agì colla querela, ossia perchè la sorella non concorresse col vincitore su quella metà presa da lui. Imperocchè se essa sorella agì pur essa in precedenza e *non obtinuit;* allora non le si deve dal fratello, che in seguito agisca, riservare alcuna parte, come or ora ricordavamo: nè essa parteciperà della vittoria di esso fratello, per due ragioni che sopra esponemmo, una a proposito della *l. 25. § 1. de inoff. test.*, e l'altra a proposito di *d. l. 17. pr.* La diseredazione della sorella medesima sussisteva, perchè il testamento non vien rescisso per intero dalla querela del fratello, e così ella rimane esclusa. Inoltre essendo caso di diseredazione riconosciuta giusta per sentenza, e perciò anche intrinsecamente e per se stessa valevole, pure l'equità de' centumviri non avrebbe ammessa *ab intestato* la diseredata in occasione di querela promossa e vinta dal fratello. Che diremo dell'altra ipotesi segnalata da Ulpiano, cioè che la sorella diseredata *non egit?* Credo pel modo contestuale in cui il giureconsulto cumula questa ipotesi all'altra del *non obtinuit*, che egli tratti di diseredata, la quale *non egit* non già per mera accidentalità ma per avvenimento di eguale importanza ed efficacia a quello del *non obtinuit.* Vale a dire in seguito di risoluzione di volontà a non agire, ossia in seguito di rinuncia. E così torna tutto ciò che abbiamo notato per l'ipotesi che agì e fu perditrice. Potrebbe conservarsi la specie del fratello che perseguiti non la sola terza parte ma il semisse, anche nella ipotesi, che la sorella non avesse ancora agito per pura e mera accidentalità; riportando la cosa a quei casi, ne'quali la querela viene di fatto esercitata e vinta oltre il dritto dell' attore; dritto, che allora sarebbe stato nel

fratello pel solo triente. Nè dovrebbe la sorella diseredata partecipare della vittoria del fratello, per una delle due riportate ragioni. Perchè, stando le cose a questo punto, la diseredazione di essa sorella, sussistente per non essere tutto il testamento rescisso, le sarebbe di ostacolo.

Abbiamo esaminato l'importanza, l'origine, la ragione e l'eccezioni della regola che niuno può morire parte testato parte intestato. Nacque la regola quando il vasto concetto della famiglia romana e dei poteri che vi si esercitavano, persuasero gli autori del dritto civile a riguardare nelle disposizioni, che su di essa si prendevano al morire dell'attuale suo capo, un insieme di leggi relativamente completo. Accanto a detta regola, si formò pur l'altra, che niuno può morire con due o più testamenti, generata dagli stessi fattori. Allorquando si restrinse il concetto della famiglia, e gli antichi poteri familiari si estinsero; si cessò pure dal riguardare nelle mentovate disposizioni una specie di piena legislazione. Cadde allora la nostra regola: e, compagna nella fine come lo era stata nello esordire, cadde anco l'altra sulla singolarità del testamento. Ormai come altri può morire parte testato parte intestato *cod. napol. art. 895*, *cod. ital. art. 759;* così può lasciare morendo più d'un testamento, *cod. napol. art. 1036*, *cod. ital. art. 920.*